

PRINCIPIOS JURÍDICOS QUE INSPIRAN EL COMERCIO ELECTRÓNICO

Por D^a. VIRGINIA VEGA CLEMENTE

Doctora en Derecho. Abogada

Resumen

La contratación electrónica permite realizar contratos relativos a la prestación de bienes y servicios con ventajas evidentes: mayor competitividad, reducción de costes y mayor celeridad en las relaciones comerciales. Junto a estas ventajas, hemos de señalar que el nuevo sistema contractual plantea problemas que afectan a la protección de los derechos de los consumidores. Este trabajo aborda la cuestión de analizar los principios del comercio electrónico para conocer si nos encontramos ante una nueva categoría jurídica y de este modo buscar los mejores medios de protección a los consumidores.

Palabras claves: Sociedad de la información, Comercio electrónico, Contratación electrónica, Derecho Mercantil.

Clasificación JEL: K29

Abstract

E-commerce allows the development of contracts for the provision of goods and services with clear advantages: increased competitiveness, cost reduction and faster trade relationships. Along with these advantages, we note that the new system raises contractual issues affecting the protection of consumer rights. This paper addresses the question of analyzing the principles of e-commerce to see if we have a new legal category and thus seek the best means of protecting consumers

Keywords: Information Society, Electronic commerce, Electronic contracts, Commercial Law.

JEL classification: K29

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. APROXIMACIÓN A UN CONCEPTO DE COMERCIO ELECTRÓNICO.

III. PRINCIPIOS QUE TUTELAN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

1. Principio de equivalencia funcional de los actos empresariales electrónicos.
2. Principio de inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos privados
3. Principio de neutralidad tecnológica
4. Principio de la buena fe
5. Principio relativo a la libertad contractual mantenida en el nuevo contexto electrónico

IV. RECAPITULACIÓN

BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

Al igual que en cualquier otro campo del desarrollo humano, en las interrelaciones telemáticas, de las que internet es la máxima expresión, todas o, al menos, la mayor parte de las actividades tienen por objeto la ejecución o celebración de actos o negocios jurídicos¹. La diferencia es que en estas redes los actos y los contratos son ofertados, perfeccionados y, en algunos casos, ejecutados electrónicamente, de ahí que se venga hablando de contratación electrónica. De esta forma, contratación electrónica se refiere a aquella que se realiza cuando el elemento electrónico tiene una incidencia real o directa sobre la formación de la voluntad, ejecución o interpretación futura del acuerdo².

El comercio electrónico es un servicio de la sociedad de la información y tiene una acepción más amplia que la de contratación electrónica, toda vez que aquel se refiere a cualquier forma de transacción económica o de intercambio de información comercial basada en la transmisión de datos sobre redes de comunicación, en tanto que la segunda se refiere a la posibilidad de realizar actos jurídicos o a asumir una serie de obligaciones contractuales utilizando el medio electrónico. La contratación electrónica es, por tanto, una actividad que está comprendida en el comercio electrónico, pero no es la única actividad que lo integra³.

Sus antecedentes más remotos se originan en la década de los 70, por medio del intercambio electrónico de datos (EDI)⁴ y de la transferencia electrónica de fondos (EFT)⁵.

¹ La expresión comercio electrónico ha sido utilizada a veces en un sentido tan amplio que permitiría alojar dentro de aquél cualquier intercambio o transacción electrónica de datos, al margen de la eventual naturaleza comercial. No obstante, sin negar la relevancia de las comunicaciones electrónicas dentro de la Administración Pública y los servicios ofrecidos telemáticamente por la misma, es en el ámbito del sector privado donde habrán de ubicarse las relaciones negociales que mantienen por medios electrónicos los operadores económicos y los consumidores. Así, GUIADO MORENO, A., *Formación y Perfección del contrato en Internet*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 51 y 52.

² En este sentido puede verse DAVARA RODRÍGUEZ, M. A., *Manuel de Derecho Informático*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 5ª ed., Madrid, 2005, pág. 190. Entendemos, por tanto, el comercio electrónico como un todo, del que participa en una parte la contratación electrónica.

³ VEGA VEGA, J. A., *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*, Ed. Reus, Madrid, 2005, pág. 62. Entendemos, por tanto, el comercio electrónico como un todo, del que participa en una parte la contratación electrónica.

⁴ “*Electronic Data Interchange*”. Es un conjunto coherente de datos estructurados conforme a normas de mensajes acordadas, para la transmisión por medios electrónicos, preparados en un formato capaz de ser leído por el ordenador y de ser procesado automáticamente y sin ambigüedad. Es aquella parte de un sistema de información capaz de cooperar con otros sistemas de información mediante el intercambio de mensajes EDI. El intercambio electrónico de datos es el intercambio entre sistemas de información, por medios electrónicos, de datos estructurados de acuerdo con normas de mensajes acordadas.

⁵ Desde los años setenta la Transferencia Electrónica de Fondos (TEF), o en inglés “*Electronic Funds Transfer*” (EFT), a través de redes privadas de las instituciones financieras expandió el uso de las tecnologías para propósitos comerciales, especialmente la de pagos con tarjeta. El concepto de TEF engloba a cualquier sistema que permite transferir dinero desde una cuenta bancaria a otra cuenta

Durante los ochenta, se difundieron otras actividades ligadas al comercio electrónico, como las tarjetas de crédito electrónicas, la banca telemática, la facturación y los pagos telemáticos, etc. También cabe nombrar el sistema utilizado por la banca para el intercambio de datos, *SWIFT* (*Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication*)⁶, o los utilizados en nuestro país para actividades afines, como el Sistema Nacional de Compensación Electrónica (SNCE)⁷, utilizado en los mercados de valores, el Servicio de Liquidación del Banco de España (SLBE)⁸ o el Servicio Español de Pagos Interbancarios (SEPI). La inclusión de estos avances revolucionó mercados. Sin embargo, de entre todos ellos, el comercio electrónico ha

directamente sin ningún intercambio de dinero en metálico, por ejemplo el pago con tarjeta, el pago a través de teléfono móvil o la banca electrónica a través de Internet. Los beneficios de los sistemas TEF son entre otros: reducción de los costes administrativos, aumento de la eficiencia, simplificación de la contabilidad y una mayor seguridad. Los primeros sistemas TEF aparecieron en Estados Unidos a mediados de los años setenta y su uso se difundió a mediados y finales de los ochenta. Su aceptación fue mayor en algunos sectores y países que en otros, sobre todo en gasolineras de Estados Unidos, Suiza, Australia y Francia, y en algunos supermercados de Australia a finales de los ochenta y durante esa década también en España. Esta lenta implantación de soluciones de TEF a nivel mundial puede ser debida a que no sólo están implicados la entidad financiera y el cliente, también están involucradas terceras partes como los proveedores de los servicios de las redes TCP/IP y de la red X.25, por lo que es una solución compleja y cuya difusión ha sido lenta. También entra en juego la aptitud positiva del cliente respecto al uso de las tarjetas y la tecnología relacionada con la transferencia electrónica de fondos, la cual va en aumento día tras día. Uno de los sistemas de TEF más utilizados es el de pago con tarjeta. <<http://www.elprisma.com>>

⁶ “La sociedad para las Telecomunicaciones Financieras Interbancarias Mundiales” nace en 1973, creada por la comunidad internacional de entidades financieras para la transmisión rápida, segura y efectiva de documentos, dinero y mensajes, apoyada por 239 bancos de 15 países, con el objetivo de crear un sistema para la transmisión de mensajes seguros sobre transacciones financieras internacionales. Ayudó a establecer un lenguaje común para las transacciones financieras, un sistema de proceso de datos compartidos y una red de telecomunicaciones mundial. Los procedimientos de operación fundamentales, reglas para definir responsabilidades, etc. fueron establecidos en 1975 y el primer mensaje SWIFT se envió en 1977. SWIFT es una Sociedad Cooperativa bajo legislación belga, propiedad de sus propios miembros, con oficinas alrededor de todo el mundo. La oficina central se encuentra en La Hulpe, cerca de Bruselas. Tiene a cargo una red internacional de comunicaciones financieras entre bancos y otras entidades financieras. En diciembre de 2005 tenía enlazadas más de 7.700 entidades financieras en 204 países y se estima que transmite mensajes con órdenes de pago promediando en 2001 más de seis mil millones de dólares estadounidenses por día. En el año 2005 cerca de dos mil trescientos millones de mensajes fueron transmitidos. Hoy en día cuenta con 7.400 entidades financieras miembros en todo el mundo con un volumen medio de diez millones de mensajes. No hay prácticamente ninguna operación de los mercados financieros internacionales que no se transmita, realice o confirme cada día si no es a través del SWIFT. El SWIFT se rige por unos estrictos códigos de conducta para garantizar la utilización correcta de la transmisión del dinero. El SWIFT solamente se utiliza entre entidades financieras y es imprescindible ser miembro de esta sociedad. Puede verse CISNAL DE UGARTE, S., “Las transacciones financieras en el ámbito internacional: SWIFT”, en *Derecho de los Negocios*, núm. 24 (1992), págs. 4 y ss.

⁷ Regulado por la Orden de 29 de febrero de 1988 (actualizada con modificaciones por la Ley 2/2004) crea el SNCE; la CBE 8/1988, de 14 de junio, aprueba el Reglamento del SNCE (modificado por la Circular 1/2007 de 26 de enero, del Banco de España, sobre información que debe rendir la Sociedad Española de Sistemas de Pago, Sociedad Anónima, y aprobación de su normativa, BOE 9 de marzo de 2007.

⁸ El Servicio de Liquidación del Banco de España (SLBE) es el sistema de liquidación bruta en tiempo real español conectado a TARGET (*Trans-European Automated Real-time Gross settlement Express Transfer System*, es el sistema de grandes pagos denominados en euros del Sistema Europeo de Bancos Centrales) que viene operando desde 1996.

llamado la atención de manera especial. Es a partir de los noventa cuando comienza el crecimiento exponencial de la *Red*, por medio de un aumento de la infraestructura disponible, contándose con mayor cantidad de recursos y mayor velocidad de acceso, agregándose las ventajas del *software*⁹ que permiten sumar sonido y movimiento, mejorando simultáneamente la seguridad de las transacciones. La introducción de Internet en los hogares ha coadyuvado a que esta revolución inicial sea una auténtica realidad.

II. APROXIMACIÓN A UN CONCEPTO DE COMERCIO ELECTRÓNICO

El término comercio electrónico¹⁰, en su significado original, era sinónimo de compra electrónica. Actualmente se ha extendido y abarca todos los aspectos de los

⁹ Se denomina “software”, “programática”, “equipamiento lógico” o “soporte lógico” a todos los componentes intangibles de un ordenador, al conjunto de programas y procedimientos necesarios para hacer posible la realización de una tarea específica, en contraposición a los componentes físicos del sistema (hardware). Según el Diccionario de la Real Academia Española es el conjunto de programas, instrucciones y reglas informáticas para ejecutar ciertas tareas en una computadora. Esto incluye aplicaciones informáticas, tales como un procesador de textos, que permiten al usuario realizar una tarea, y software de sistema, como un sistema operativo, que permite al resto de programas funcionar adecuadamente, facilitando la interacción con los componentes físicos y el resto de aplicaciones. Probablemente la definición más formal de software es la atribuida a la IEEE en su estándar 729: “la suma total de los programas de cómputo, procedimientos, reglas, documentación y datos asociados que forman parte de las operaciones de un sistema de cómputo” (IEEE Std, IEEE Software Engineering Standard: Glossary of Software Engineering Terminology, IEEE Computer Society Press, 1993). Bajo esta definición, el concepto de software va más allá de los programas de cómputo en sus distintas formas: código fuente, binario o ejecutable, además de su documentación (es decir, todo lo intangible). El término *software* fue usado por primera vez en este sentido por JOHN W. TUKEY en 1957. En las ciencias de la computación y la ingeniería de software, es toda la información procesada por los sistemas informáticos: programas y datos. El concepto de leer diferentes secuencias de instrucciones de la memoria de un dispositivo para controlar cálculos fue inventado por CHARLES BABBAGE como parte de su máquina diferencial. La teoría que forma la base de la mayor parte del software moderno fue propuesta por vez primera por ALAN TURING en su ensayo de 1936, *Los números computables con una aplicación al problema de decisión*.

¹⁰ En un principio, se venía equiparando el comercio electrónico con la compraventa realizada por medios electrónicos. Si bien, en la actualidad, se considera que el término comercio electrónico engloba cualquier actividad llevada a cabo en la red, sin ceñirse estrictamente al negocio jurídico de la compraventa. Así el mero intercambio de información a través de la Red debe subsumirse dentro del concepto de comercio electrónico. La Comisión Europea define el comercio electrónico como “cualquier actividad que involucre a empresas que interactúan y hacen negocios por medios electrónicos, bien con clientes, bien entre ellas, o bien con la Administración. Se incluye el pedido y pago electrónico y *on line* de bienes que se envían por correo u otro servicio de mensajería, así como el envío *on line* de servicios como publicaciones, software e información. Asimismo, se incluyen actividades como diseño e ingeniería cooperativa, Marketing, comercio compartido (*Trade Sharing*), subastas y servicios post-venta”. Otra definición podría ser: “cualquier transacción o intercambio de información comercial basada en la transmisión de datos sobre redes de comunicación. En este sentido, el concepto de comercio electrónico no sólo incluye la compraventa electrónica de bienes, información o servicios, sino también el uso de la Red para otras actividades como publicidad o búsqueda de información, atención al cliente, etc.” NEWMAN RODRÍGUEZ, S., *Aproximación a la formación del contrato electrónico en la Legislación Española*. <http://www.ventanalegal.com/revista_ventanalegal/aproximacion.htm>

procesos de mercado y empresa habilitados por Internet y las tecnologías *world wide web* y otras redes telemáticas.¹¹

De carácter mundial por su propia naturaleza, abarca una amplia gama de actividades, algunas de ellas bien conocidas, la mayoría totalmente nuevas. Impulsado por la revolución de Internet¹² se expande aceleradamente y experimenta cambios radicales. Las transacciones que se llevan a cabo por medios electrónicos se caracterizan por su velocidad, sencillez, bajos costes, desplazando incluso la presencia de los intermediarios, acercando a las partes de uno y otro lado, para dar paso a los denominados intermediarios virtuales. El término comercio electrónico se refiere generalmente a todas las formas de transacción relacionadas con actividades comerciales, incluyendo organizaciones e individuos, que se basan en el procesamiento y la transmisión de datos digitalizados, incluyendo texto, sonido e imágenes visuales¹³.

Bajo la denominación de comercio electrónico¹⁴ se incluye tanto el comercio electrónico indirecto como el directo. Es directo cuando la operación es realizada íntegramente a través de Internet, esto es, tanto la solicitud de servicio o de bienes como el pago y la remisión de los bienes o la prestación de los servicios es efectuada en línea¹⁵. Generalmente el comercio electrónico directo se refiere a bienes y servicios

¹¹ ILLESCAS ORTIZ, R., en *Derecho de la contratación electrónica*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, pág. 18 afirma que “la expresión comercio electrónico no es unívoca, sino que bajo su manto se organizan identidades, actividades y relaciones contractuales susceptibles de diverso tratamiento jurídico.”

¹² Evidentemente, las características de la red Internet y de sus tecnologías asociadas han causado un *boom* del comercio electrónico, especialmente el asociado al consumidor final (*Business to Consumer*, o B-C); la ubicuidad de la Red, las capacidades multimedia de las tecnologías asociadas a la misma y la facilidad de uso de las mismas, permiten a muchos negocios poder hacer llegar su oferta a millones de potenciales consumidores, quienes pueden navegar por la Red, buscando y seleccionando los productos o artículos que deseen adquirir de entre los cada vez más frecuentes centros virtuales de compra.

¹³ DAVIS, C., *Emergence of electronic commerce in Spanish-speaking Latin America*, Unión Europea, marzo, 1999.

¹⁴ Tal como se recoge en la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre la iniciativa Europea de Comercio Electrónico, el desarrollo del comercio electrónico en la sociedad de la información ofrece importantes oportunidades para el empleo en la Comunidad, especialmente para las pequeñas y medianas empresas, y que facilitará el crecimiento de las empresas europeas, así como las inversiones en innovación. Entiende que los servicios de la sociedad de la información cubren una amplia variedad de actividades económicas, que pueden consistir, concretamente, en la venta de mercancías en línea; que no se trata únicamente de servicios que ofrecen la posibilidad de celebrar contratos en línea, sino también, cuando se trata de una actividad económica, de servicios no remunerados por su destinatario, como aquellos que consisten en ofrecer información en línea.

¹⁵ Por referirse a bienes o servicios digitales, se concierta y ejecuta completamente por vía informática. E. SANTOS PASCUAL, en su artículo titulado “Diversidad legislativa en el comercio electrónico” define el comercio electrónico directo como “aquel comercio en donde el proceso de compra y venta (oferta y aceptación del producto) se realiza por medio de equipos electrónicos (Internet, teléfonos móviles, PDA’s, etc.), por ejemplo, la compra de un libro por Internet en el que el consumidor visualiza la oferta insertada en una Página Web y acepta la misma, pagando el precio ofertado y descargándose el libro en su propio equipo electrónico, es decir, toda la operativa de compra-venta se realiza desde la Página Web del vendedor y desde el equipo electrónico del comprador. Dentro de este tipo de comercio se asimilarían las ventas a distancia recogidas en la Ley del Comercio Minorista, aunque no serán aplicables ciertos derechos que, por el contrario sí afectan al comercio electrónico

inmateriales, como *software*, música, vídeos e información. El comercio electrónico es indirecto¹⁶ cuando sólo la oferta y aceptación negocial del servicio o del bien es efectuada a través de la red¹⁷. La prestación del servicio o la entrega del bien adquirido es realizada fuera de Internet, como sería el caso de la compra de un ordenador, de discos compactos, de libros, etc. Los objetos comprados deben ser transportados al lugar físico que se señaló en la operación.

El comercio electrónico¹⁸ engloba un conjunto de transacciones que incluye el intercambio de bienes y servicios, de dinero y de información, realizado a través de medios electrónicos¹⁹ y digitales. Hoy en día el desarrollo de la tecnología permite que se negocien, concluyan o se cumplan contratos (entrega de bienes digitales o prestación de servicios) o se paguen precios en la red u otro medio como puede ser el teléfono fijo o móvil, el facsímil o EDI. Es un servicio de la tecnología que permite la realización de operaciones de negocios y la compraventa de bienes y servicios mediante la utilización de sistemas electrónicos, como por ejemplo los ordenadores personales, hoy ya habituales. En definitiva, este nuevo mercado electrónico nos permite tener en nuestro domicilio una gran galería comercial por la que podemos pasear de forma fácil y rápida con el ratón de nuestro ordenador, y todo ello sin movernos de casa.

Una definición genérica de comercio electrónico lo entiende como cualquier forma de transacción o intercambio de información comercial basada en la transmisión de datos sobre redes de comunicación, como Internet²⁰. De esta manera, no solo se

indirecto. Esto sucede puesto que, la mayoría de servicios que se ofrecen en este comercio tienen excepciones de aplicación a la citada Ley”. <<http://www.derecho.com>>

¹⁶ Referido a bienes o servicios físicos que, aun cuando permitan una celebración por medios tecnológicos, requieren del medio físico tradicional para su cumplimiento. De igual forma, SANTOS PASCUAL entiende por comercio electrónico indirecto “aquel comercio en donde sólo la oferta y la solicitud de compra se va a realizar por medios de equipos electrónicos (*on line*) y sin embargo, la entrega del producto y/o el pago se va a realizar en el “mundo físico” (*off line*). En concreto es lo que equivale a la modalidad de contratación recogida en la Ley de Comercio Minorista, la llamada venta a distancia, donde la transmisión de oferta y aceptación se realiza por cualquier medio de comunicación a distancia, cualesquiera que sea su naturaleza y a través de un sistema de comunicación organizado por el vendedor. El típico ejemplo es una página web donde existe una serie de productos y servicios con un precio determinado, y el consumidor escoge el que mejor se adecua a sus necesidades, pero en el que la entrega y/o pago de ese producto se realiza fuera de la Página Web, en un lugar físico (*off line*)”.

¹⁷ Sobre el particular, con mayor detalle, puede verse RIBAS ALEJANDRO, J., *Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 70 y 71.

¹⁸ La esencia del concepto de comercio electrónico no es fácilmente capturada pero nos ayuda a comprender en una primera instancia lo que comercio electrónico conlleva. Cuando la gente escucha el término de comercio electrónico en una primera instancia lo asocia directamente a las ventas que realiza una empresa a través de Internet, lo cierto es que no están tan lejos de la realidad ya que se están refiriendo a un tipo especial de comercio electrónico que es la venta electrónica. Sin embargo, esto es un elemento más particular del caso más general de cualquier forma de operación o transacción comercial llevada a cabo a través de medios electrónicos.

¹⁹ No obstante, no todas las transacciones podrán basarse exclusivamente en medios electrónicos ya que algunas operaciones exigirán la firma original del usuario. Así, RODRÍGUEZ ONDARZA, J. A., *La Fiscalidad del Comercio Electrónico. Imposición Directa*, Instituto de Estudios Fiscales, 2001.

²⁰ Según la Red Española de centros de negocio local (REDCNL, 2000) el comercio electrónico se puede definir como cualquier forma de transacción comercial en la que un suministrador provee de

incluirían la compra y la venta electrónica de bienes, información o servicios, sino también el uso de la red para actividades anteriores o posteriores a la venta. Así, publicidad, búsqueda de información sobre proveedores o productos, negociación sobre condiciones contractuales, atención al cliente, cumplimentación de trámites administrativos, o colaboraciones con empresas afines, por citar algunas posibilidades de tales intercambios²¹.

El comercio, ya sea que se realice electrónicamente o de la forma más tradicional posible, es siempre intercambio de bienes y prestación de servicios por una contraprestación económica. Sin embargo, esta nueva forma de contacto entre proveedores de servicios y bienes, por una parte, y por la otra consumidores, hace que las normas legales tradicionales no sean del todo aplicables a esta forma de comercio o, siendo aplicables, no regulan ciertos aspectos que deben ser considerados al momento de hablar de comercio electrónico²².

No cabe duda que la aparición del comercio electrónico obliga claramente a replantearse muchas de las cuestiones del comercio tradicional, surgiendo nuevos problemas, e incluso agudizando algunos de los ya existentes²³. En ese catálogo de

bienes o servicios a un cliente a cambio de un pago, donde ambas partes interactúan electrónicamente en lugar de hacerlo por intercambio o contacto físico directo.

²¹ Este es el concepto del que parte, por ejemplo, el “Estudio de situación del comercio electrónico en España”, realizado por la Secretaría General de Comunicaciones, en el marco de la Iniciativa de promoción e identificación de servicios emergentes de telecomunicaciones avanzadas (PISTA).

²² El comercio electrónico directo o completo se da cuando todas sus fases se realizan por medios electrónicos, mientras que en el comercio electrónico indirecto o incompleto no todas sus fases se completan por medios electrónicos. Lo que está claro es que la entrega de forma electrónica sólo va a ser posible cuando el bien a entregar o el servicio a prestar sea digital, de lo contrario acudiremos a los medios tradicionales de entrega de bienes o prestación de servicios. El principal problema u obstáculo que hace que no podamos hablar de comercio electrónico directo, obviamente a parte de la entrega, es el pago. Éste constituye el mayor eslabón tanto técnico como psicológico que debe ser superado para que se produzca el despegue definitivo del Comercio Electrónico. Si no hay confianza por parte de los usuarios, si no hay conocimiento de las diversas formas de pagos existentes en la red y de su seguridad técnica no podremos hablar de un Comercio Electrónico propiamente dicho en el que todas sus transacciones se materialicen a través de medios electrónicos. La confianza es la principal barrera con la que se enfrentan los nuevos medios de pago electrónicos. En este sentido los Estados juegan un papel primordial si lo que quieren es implantar una Sociedad de la Información para todos. Esa Sociedad de la información requiere no sólo de formación sino también de información.

²³ La red de información empresarial lo define como “un sistema global que, utilizando redes informáticas y, en particular, Internet, permite la creación de un mercado electrónico (es decir, operado por computadora y a distancia) de todo tipo de productos, servicios, tecnologías y bienes, y que incluye todas las operaciones necesarias para concretar operaciones de compra y venta, incluyendo *matching*, negociación, información de referencia comercial, intercambio de documentos, acceso a la información de servicios de apoyo (aranceles, seguros, transportes, etc.) el *banking* de apoyo, y todo en condiciones de seguridad y confidencialidad necesarios”. De lo expuesto se aprecia que el comercio electrónico incluye una amplia gama de aplicaciones en el ámbito del video, la compra telefónica, el entorno *off line* (ventas por catálogo), el intercambio electrónico de datos (EDI), etc. A través de estos medios se llevan a cabo una serie de actividades entre las que podemos citar el envío *on line* de contenidos digitales, la transferencia electrónica de fondos, el comercio electrónico de acciones y opciones comerciales, marketing directo, servicios post-venta, por sólo mencionar algunas. “Por lo tanto, el alcance del comercio electrónico no está limitado al ámbito de Internet, aunque la evolución y crecimiento en la utilización de este medio lo muestre como el más dinámico.”

problemas se plantean cuestiones que van desde la validez legal de las transacciones y contratos sin papel, la necesidad de acuerdos internacionales que armonicen las legislaciones sobre comercio, el control de las transacciones internacionales, incluido el cobro de impuestos, la protección de los derechos de la propiedad intelectual, la protección de los consumidores en cuanto a publicidad engañosa o no deseada, fraude, contenidos ilegales y uso abusivo de datos personales hasta otros provocados por la dificultad de encontrar información en Internet, comparar ofertas y evaluar la fiabilidad del vendedor y del comprador en una relación electrónica, la falta de seguridad de las transacciones y medios de pago electrónicos, la falta de estándares consolidados, la proliferación de aplicaciones y protocolos de comercio electrónico incompatibles, la congestión de Internet y la falta de accesos de usuario de suficiente capacidad.

El comercio electrónico suscita problemas, tanto de tipo legal y jurídico, como tecnológico. Es en estos últimos aspectos donde es necesario establecer una fase previa de adaptación o integración de los diversos sistemas con la actuación de centros de investigación, organismos de normalización, asociaciones de la industria y Administraciones Públicas, creando un entorno de comercio electrónico accesible, seguro y fácil de usar. Este trabajo va a centrarse sobre los aspectos jurídicos fundamentalmente sin desdeñar, por supuesto, los de carácter tecnológico que están en continúa evolución y sobre los que existe en el mercado una gran competitividad.

En general, las innovaciones técnicas emergentes no se han tenido en cuenta en la legislación interna e internacional y la mayoría de las leyes vigentes están basadas en los documentos en papel. La comunidad nacional y las autoridades internacionales están empezando a crear, lenta y gradualmente, un marco legal adecuado al comercio electrónico.

El comercio electrónico está consolidándose en nuestro país, y se espera que los próximos años sean el periodo de mayor crecimiento de esta modalidad, gracias a la implantación definitiva de los protocolos²⁴ que garantizarán las transacciones y al incremento progresivo de usuarios de la red.

Las ventajas del comercio electrónico son evidentes²⁵: A) Interactividad: El flujo de comunicación es bidireccional, ya que los papeles del emisor y del receptor

²⁴ Hoy día existen diferentes protocolos como el SET (*Secure Electronic Transaction*) o el SSL (*Secure Sockets Layer*) que se ocupan de que este tipo de transacciones a través de redes informáticas sean lo más seguras posibles. Sin embargo, ninguno de ellos ofrece todavía una seguridad completa, ya que únicamente son capaces de solucionar de forma parcial los problemas, con lo que tanto el comprador como el vendedor pueden todavía engañar. Así, por ejemplo, puede darse la situación de que el comprador pague un producto y posteriormente no lo reciba, o bien que el vendedor entregue un producto y posteriormente no pueda cobrarlo. Además, lo que es más peligroso, sin que ninguno pueda demostrar que ha sido engañado por el otro.

²⁵ El comprador puede ver de manera rápida todo el escaparate electrónico y no tiene que ir tienda por tienda en busca del producto deseado. Se optimiza también el tiempo de atención al cliente, que no tiene que esperar largas colas para ser atendido. Por su parte, el vendedor también se beneficia, puesto que puede ofertar sus productos sin necesidad de mostrarlos físicamente al comprador. Otras de las ventajas del comercio electrónico que podemos citar son la reducción los retrasos gracias a la velocidad de transmisión; disminución del ciclo de producción, lo que permite crear mercados más competitivos; hace posible la igualdad de trato a los clientes independientemente de sus características individuales, como la nacionalidad, lugar de residencia; amplía de forma considerable el mercado

pueden intercambiarse; B) Intimidad: El usuario busca una información precisa y esta circunstancia se ha traducido en que el mercado de Internet se especialice en grupos y personas claramente identificados por gustos particulares; C) Rapidez: No hay intermediarios, por lo que los productos llegan directamente del productor al comprador; D) Globalidad: Se tiene al mundo entero como cliente y también como competidor. No importa si los contendientes son empresas multinacionales o si son pequeñas empresas intentando conquistar un hueco en el mercado. Además, dado que se transmite la información por todo el mundo sobre los productos y servicios que ofertan, posibilita las comunicaciones y los procesos de gestión a nivel mundial. Permite extender su oferta a millones de potenciales consumidores, quienes pueden navegar por la Red, buscando y seleccionando los productos que deseen adquirir; E) Desintermediación: Trato directo entre compradores y vendedores. Los fabricantes pueden dirigirse al público objetivo de todo el mundo, sin necesidad de compartir márgenes de beneficios con los intermediarios; F) Bajo coste: Internet ofrece a las empresas que emplean el comercio electrónico en sus transacciones un menor coste en el desempeño de la estrategia comercial, ahorrando personal y puntos de venta; G) Crecimiento continuo: Internet es un mercado en expansión; H) Mejor precio: El consumidor pagará el precio justo por los productos, no la publicidad de los mismos, ni las ganancias de múltiples intermediarios. Por su parte, el vendedor ofrecerá mejores precios al reducir sus costes de operación; I) Permite establecer nuevas formas de cooperación entre empresas; J) Reduce las barreras de acceso a los mercados actuales, en especial a las PYMES, y abre oportunidades de explotar nuevos mercados; K) Proporciona nuevos medios para encontrar y satisfacer las necesidades de los clientes, debido a la mayor cercanía de los mismos, mayor interactividad y personalización de la oferta. Además, por el contacto continuo de la empresa con su público existe un mayor índice de fidelización; L) El riesgo de inversión en el comercio electrónico es menor que en el convencional; M) Desaparecen las barreras horarios y geográficas, pudiendo efectuarse una transacción a cualquier hora y en cualquier país, sin tener que visitarlo.

Pese a todo, también es cierto que este tipo de comercio presenta sus inconvenientes, algunos de ellos de posibles graves consecuencias y que todavía no se han solucionado de una forma óptima. Entre ellos, el más importante es la falta de seguridad en los procesos de compraventa. En el caso del comercio tradicional, como se ha indicado anteriormente, la mayoría de transacciones se efectúan mediante tratos personalizados, por teléfono o por correo. Todas estas actividades pueden considerarse intrínsecamente seguras²⁶. Sin embargo, en el caso del comercio electrónico, la

potencial de las empresas; faculta a las pequeñas y medianas empresas el acceso a mercados que de otra manera tendrían vetados por su elevado coste.

²⁶ La Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior («Directiva sobre el comercio electrónico») se propone reforzar la seguridad jurídica del comercio electrónico con el fin de aumentar la confianza de los internautas. Para ello, la directiva establece un marco jurídico estable en el que los servicios de la sociedad de la información se ajustan a los principios del mercado interior (libre circulación y libertad de establecimiento), y se instaura un número limitado de medidas armonizadas.

interacción entre comprador y vendedor se realiza a través de una Red, que no puede considerarse un canal de comunicación seguro a menos que se adopten ciertas medidas de protección²⁷.

El comercio electrónico puede utilizarse en cualquier entorno en el que se intercambien documentos entre empresas²⁸: compras o adquisiciones, finanzas, industria, transporte, salud, legislación y recaudación de ingresos o impuestos.

Se hace precisa la utilización de un amplio elenco de tecnologías como son el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), el Correo Electrónico (E-mail o Electronic Mail), la Transferencia Electrónica de Fondos (EFT), Aplicaciones Internet tales como la Web, News²⁹, Gopher³⁰, Archie³¹, Aplicaciones de Voz: Buzones, Servidores,

²⁷ El estudio y desarrollo de estas medidas de protección es precisamente uno de los objetivos fundamentales de la criptografía. Ésta proporciona al comercio electrónico las herramientas necesarias para garantizar, dado el caso, el carácter secreto de la información intercambiada (confidencialidad), así como la no manipulación de la misma entre el origen y el destino (integridad). Sin embargo, el problema de la identificación de las partes (autenticación) todavía no está del todo resuelto. A este respecto, conviene señalar que una de las situaciones más preocupantes actualmente es la publicación de los datos personales y confidenciales del comprador (como por ejemplo el número de su tarjeta de crédito) en un medio totalmente abierto como es Internet. Otro tema pendiente de resolver es el de cómo obtener los resguardos que permitan realizar posteriores reclamaciones tanto al comprador como al vendedor en el caso de que alguno de ellos se sienta perjudicado por el otro una vez concluida la transacción.

²⁸ Las empresas vienen utilizando el comercio electrónico para desarrollar los aspectos siguientes: creación de canales nuevos de mercadeo y ventas; acceso interactivo a catálogos de productos, listas de precios y folletos publicitarios; venta directa e interactiva de productos a los clientes; soporte técnico ininterrumpido, permitiendo que los clientes encuentren por sí mismos, y fácilmente, respuestas a sus problemas mediante la obtención de los archivos y programas necesarios para resolverlos.

²⁹ *Network News Transport Protocol* (NNTP) es una aplicación de Internet que consiste en un protocolo usado para la lectura y publicación de artículos de noticias en Usenet. Su traducción literal al español es "protocolo para la transferencia de noticias en red". NNTP tuvo sus comienzos en marzo de 1986 cuando BRIAN KANTOR, de la Universidad de San Diego, y PHIL LAPSLEY, de la Universidad de Berkeley, crearon el RFC 977, especificación en la que se basó el NNTP en ese momento. Este protocolo tuvo otros colaboradores como fueron STAN BARBER, del Colegio de Medicina Baylor, y ERIK FAIR, de Apple Computer. En octubre de 2006, el IETF publicó el RFC 3977 que actualiza el protocolo NNTP y que incluye muchas de las mejoras creadas a lo largo de los años desde el RFC 977. Hoy en día también algunos BBS [*Bulletin Board System* (Sistema de Tablón de Anuncios)] usan este protocolo para dejar disponibles sus foros o áreas de correo de la red FidoNet u otras redes.

<<http://www.ibiblio.org/pub/Linux/docs/linux-doc-project/network-guide/translations/es/gar1-1.0/gar118.htm>>

³⁰ Este servicio nació en respuesta a los problemas que existían en internet a la hora de encontrar información o recursos. Funciona presentando en la pantalla un menú de opciones cuyos títulos dan una idea clara de lo que contiene. Para conectarse a un servidor Gopher también necesitamos un programa especial cliente Gopher. En pocas palabras, el Gopher es un sistema distribuido de búsqueda y recuperación de documentos. Combina las mejores características de exploración a través de colecciones de información y de bases de datos completamente indexadas. El protocolo y el software siguen un modelo cliente/servidor y permiten a los usuarios de los más variados sistemas de sobremesa explorar, buscar y recuperar documentos residentes en múltiples servidores distribuidos. El protocolo Gopher se desarrolló en la Universidad de Minesota y está disponible en el RFC 1436. Su estado es *informacional*. La razón de desarrollar el Gopher fue la necesidad de un sistema de información a nivel de campus que permitiese a cualquiera publicar documentos o información incluso con un pequeño ordenador de sobremesa. El software de clientes Gopher concede a los usuarios una jerarquía de ítems y directorios muy parecida a un sistema de ficheros. De hecho, la interfaz del Gopher está diseñada para asemejarse a un sistema de ficheros, ya que un sistema de ficheros es un buen modelo para localizar documentos y servicios. De este modo, al conectarse a un servidor Gopher se tiene una lista de distintos ítems, similar a la apariencia de directorio raíz de un PC. Después de seleccionar un ítem del menú, se

Transferencia de Archivos, Diseño y Fabricación por Computadora (CAD/CAM)³², servicios Multimedia, Tableros Electrónicos de Publicidad, Videoconferencia, etc.

Podemos afirmar que el comercio electrónico es un método actual para las transacciones comerciales que enfoca la necesidad percibida, tanto por las empresas como por sus clientes, de disminuir los costes de los bienes y servicios, manteniendo la cantidad e incrementando la velocidad de entrega³³.

Es preciso resaltar que la conectividad entre los participantes es una cuestión esencial para la viabilidad del comercio electrónico, e Internet lo consigue a un coste bajo.

III. PRINCIPIOS QUE TUTELAN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

La contratación electrónica se sustenta en una serie de principios que delimitan su concepto y que son, por extensión aplicables al comercio electrónico. Por ello, para

obtienen todos los ítems incluidos en él, de forma similar a un subdirectorio, y así sucesivamente. Si se selecciona un ítem que representa un fichero, el fichero se transmite automáticamente y se le muestra al cliente. No es necesario que el fichero esté localizado en el mismo servidor Gopher donde se obtuvo la información del sistema de archivos. Un menú Gopher puede incluir ítems de servidores Gopher distintos y el usuario se conecta de modo automático al servidor donde se halla el ítem seleccionado. El usuario no sabe ni le importa el hecho de que los ítems a seleccionar puedan residir en muchas máquinas distintas en Internet. <<http://ditec.um.es/laso/docs/tut-tcpip/3376c61.html>>

³¹ Es una herramienta de búsqueda de información en Internet. Se trata de una base de datos de acceso público que nos permite localizar un fichero determinado dentro de la familia de servidores FTP. Archie mantiene un índice actualizado de los ficheros que hay en la red. Actualmente existe un servidor Archie en cada uno de los países importantes que existen en la red. Para acceder a un servidor Archie (si no disponemos de la correspondiente aplicación cliente) debemos hacer Telnet a una máquina que sí disponga de este tipo de aplicaciones. Otra forma para utilizar Archie es mediante http. El método es sencillo: se especifica el archivo cuya búsqueda se interesa y se exponen los parámetros de la búsqueda. <<http://tuganas.galeon.com/teleco/internet/servicios.htm>>

³² Diseño Asistido por Computadora/Fabricación Asistida por Computadora. La integración del diseño asistido por computadora con la fabricación controlada por computadora implica que los productos diseñados en el sistema CAD son ingresados directamente al sistema CAM. Por ejemplo, después de que una pieza de maquinaria es diseñada en el CAD, su imagen electrónica es transferida a un lenguaje de programación de control numérico, el cual genera las instrucciones para controlar la máquina que fabrica la pieza.

<<http://www.pemex.com/files/content/NRF-107-PEMEX-2004F.pdf>>;

<<http://es.tldp.org/Otros/diccionario-us-es/diccionario-us-es-0.1.6/C.html>>

³³ Las actividades de manejo de la información que se realizan en el comercio electrónico mediante transacciones empresariales pueden clasificarse en numerosas categorías, tales como transacciones entre una empresa y sus clientes mediante una red pública de telecomunicaciones con el propósito de realizar compras, o utilizar servicios bancarios en el domicilio ("*home banking*") utilizando técnicas de cifrado para manejar los aspectos de seguridad y dinero electrónico; transacciones con socios comerciales usando EDI; transacciones para la obtención de información: investigación de mercados utilizando exploradores de códigos de barras, tratamiento de información para la toma de decisiones directivas o la solución de problemas organizativos, y la manipulación de información para la organización de operaciones, como la administración de la cadena de proveedores de una empresa; transacciones para la distribución de información con clientes potenciales, tales como mercadeo, publicidad, y ventas interactivas.

llegar a una mejor comprensión de la institución, se impone, con carácter previo, la necesidad de analizar los fundamentos o principios en que se inspira esta actividad.

1. Principio de equivalencia funcional de los actos empresariales electrónicos.

El principio de equivalencia funcional constituye el núcleo sobre el que gravita el reconocimiento jurídico de los actos realizados en el comercio electrónico. Sin su aplicación, carecería de eficacia³⁴.

Se formula bajo la idea de que los actos jurídicos electrónicos poseen una equivalencia funcional con los actos jurídicos escritos o autógrafos³⁵.

Este principio adquiere carta de naturaleza con ocasión de la elaboración de la "Ley Modelo de UNCITRAL sobre comercio electrónico"³⁶, culminada en 1996, sin embargo, su aparición inicial y primera formulación de este principio tuvo lugar en el artículo 11,2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente de 1995³⁷. La consagración de referido precepto tiene lugar en un texto complementario de la Ley Modelo, simultáneamente publicado denominado "Guía para la incorporación al derecho interno de la LMCUCE"³⁸. Sin

³⁴ Según ILLESCAS ORTIZ en "Comercio electrónico: fundamentos de Derecho y principio de equivalencia funcional", en *Revista de la Universidad Carlos III*, núm. 56, 1999, "sin la expresada regla sencillamente el Derecho del Comercio Electrónico no podría existir".

³⁵ La equivalencia funcional, en todos los ordenamientos y como principio del contrato electrónico, está expresada por TOSI, E., "La conclusione de contratti *on line*", en *I problemi giuridici di Internet*, Giuffrè Editore, Milano, 2003, pp. 110 y ss.

³⁶ La Ley Modelo sobre comercio electrónico preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) fue aprobada mediante la Resolución 51/162 por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1996. El objetivo esencial de la ley modelo fue elaborar un marco jurídico seguro que pudiera ser adoptado por los distintos Estados al momento de la adecuación de sus legislaciones sobre la materia, al tiempo que constituyera un instrumento internacional que sirviera para la interpretación de convenios o tratados entre naciones.

³⁷ Aprobada por la Asamblea General el 11 de diciembre de 1995, esta Convención tiene por objeto facilitar el empleo para fines financieros de la garantía independiente y de la carta de crédito contingente, particularmente en países en donde la práctica comercial se limite a utilizar uno solo de estos instrumentos. La Convención confirma, además, el reconocimiento de aquellos rasgos y principios básicos que son comunes a ambos instrumentos, reduciendo así las incertidumbres que dificultan su utilización en el comercio internacional. La Convención entró en vigor el 1º de enero de 2000. Artículo 11. "Extinción del derecho a reclamar el pago [...] 2) La promesa podrá disponer, o el garante/emisor y el beneficiario podrán convenir en otra parte, que la devolución al garante/emisor del documento que contenga la promesa, o algún trámite funcionalmente equivalente a esa devolución, de haberse emitido la promesa en forma que no sea sobre papel, será necesaria para la extinción del derecho a reclamar el pago, por sí misma o conjuntamente con uno de los hechos mencionados en los incisos a) y b) del párrafo 1) del presente artículo. Sin embargo, la retención de dicho documento por el beneficiario después de la extinción del derecho a reclamar el pago de conformidad con los incisos c) o d) del párrafo 1) del presente artículo no preservará derecho alguno del beneficiario con fundamento en la promesa."

³⁸ Así, la finalidad de la misma es la siguiente: "Al preparar y dar su aprobación a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (denominada en adelante "la Ley Modelo"), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) tuvo presente que la Ley Modelo ganaría en eficacia para los Estados que fueran a modernizar su legislación si se facilitaba a los órganos ejecutivos y legislativos de los Estados la debida información de antecedentes y

explicativa que les ayudara eventualmente a aplicar la Ley Modelo. La Comisión era además consciente de la probabilidad de que la Ley Modelo fuera aplicada por algunos Estados poco familiarizados con las técnicas de comunicación reguladas en la Ley Modelo. La presente guía, que en gran parte está inspirada en los *trabajos preparatorios* de la Ley Modelo, servirá también para orientar a los usuarios de los medios electrónicos de comunicación en los aspectos jurídicos de su empleo, así como a los estudiosos en la materia. En la preparación de la Ley Modelo se partió del supuesto de que el proyecto de Ley Modelo iría acompañado de una guía. Por ejemplo, se decidió que ciertas cuestiones no serían resueltas en el texto de la Ley Modelo sino en la Guía que había de orientar a los Estados en la incorporación de su régimen al derecho interno. En la información presentada en la Guía se explica cómo las disposiciones incluidas en la Ley Modelo enuncian los rasgos mínimos esenciales de toda norma legal destinada a lograr los objetivos de la Ley Modelo. Esa información puede también ayudar a los Estados a determinar si existe alguna disposición de la Ley Modelo que tal vez convenga modificar en razón de alguna circunstancia nacional particular.” “[...] *Criterio del "equivalente funcional"* 15. La Ley Modelo se basa en el reconocimiento de que los requisitos legales que prescriben el empleo de la documentación tradicional con soporte de papel constituyen el principal obstáculo para el desarrollo de medios modernos de comunicación. En la preparación de la Ley Modelo se estudió la posibilidad de abordar los impedimentos al empleo del comercio electrónico creados por esos requisitos ampliando el alcance de conceptos como los de "escrito", "firma" y "original" con miras a dar entrada al empleo de técnicas basadas en la informática. Este criterio se sigue en varios instrumentos legales existentes, como en el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y el artículo 13 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Se señaló que la Ley Modelo debería permitir a los Estados adaptar su legislación en función de los avances técnicos de las comunicaciones aplicables al derecho mercantil, sin necesidad de eliminar por completo el requisito de un escrito ni de trastocar los conceptos y planteamientos jurídicos en que se basa dicho requisito. Se dijo, al mismo tiempo, que la observancia de este requisito por medios electrónicos requeriría en algunos casos una reforma de la normativa aplicable al respecto, que tuviera en cuenta una, en particular, de las muchas distinciones entre un documento consignado sobre papel y un mensaje EDI, a saber, que el documento de papel es legible para el ojo humano y el mensaje EDI no lo es, de no ser ese mensaje consignado sobre papel o mostrado en pantalla. 16. Así pues, la Ley Modelo sigue un nuevo criterio, denominado a veces "criterio del equivalente funcional", basado en un análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional de la presentación de un escrito consignado sobre papel con miras a determinar la manera de satisfacer sus objetivos y funciones con técnicas del llamado comercio electrónico. Por ejemplo, ese documento de papel cumple funciones como las siguientes: proporcionar un documento legible para todos; asegurar la inalterabilidad de un documento a lo largo del tiempo; permitir la reproducción de un documento a fin de que cada una de las partes disponga de un ejemplar del mismo escrito; permitir la autenticación de los datos consignados suscribiéndolos con una firma; y proporcionar una forma aceptable para la presentación de un escrito ante las autoridades públicas y los tribunales. Cabe señalar que, respecto de todas esas funciones, la documentación consignada por medios electrónicos puede ofrecer un grado de seguridad equivalente al del papel y, en la mayoría de los casos, mucha mayor fiabilidad y rapidez, especialmente respecto de la determinación del origen y del contenido de los datos, con tal que se observen ciertos requisitos técnicos y jurídicos. Ahora bien, la adopción de este criterio del equivalente funcional no debe dar lugar a que se impongan normas de seguridad más estrictas a los usuarios del comercio electrónico (con el consiguiente costo) que las aplicables a la documentación consignada sobre papel. 17. Un mensaje de datos no es, de por sí, el equivalente de un documento de papel, ya que es de naturaleza distinta y no cumple necesariamente todas las funciones imaginables de un documento de papel. Por ello se adoptó en la Ley Modelo un criterio flexible que tuviera en cuenta la graduación actual de los requisitos aplicables a la documentación consignada sobre papel: al adoptar el criterio del "equivalente funcional", se prestó atención a esa jerarquía actual de los requisitos de forma, que sirven para dotar a los documentos de papel del grado de fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad que mejor convenga a la función que les haya sido atribuida. Por ejemplo, el requisito de que los datos se presenten por escrito (que suele constituir un "requisito mínimo") no debe ser confundido con otros requisitos más estrictos como el de "escrito firmado", "original firmado" o "acto jurídico autenticado". 18. La Ley Modelo no pretende definir un equivalente informático para todo tipo de documentos de papel, sino que trata de determinar la función básica de cada uno de los requisitos de forma de la documentación sobre papel, con miras a determinar los criterios que, de ser cumplidos por un mensaje de datos, permitirían la atribución a ese mensaje de un reconocimiento legal equivalente al de un documento de papel que haya de desempeñar idéntica función. Cabe señalar que en los artículos 6 a 8 de la Ley Modelo se ha seguido el criterio del

llegar a formular una definición de la regla, “el criterio del equivalente funcional” es ampliamente descrito en el texto de la “Guía”. A partir de esta recepción de la expresión, puede decirse que su aceptación se generaliza y que su trascendencia como base fundamental del régimen jurídico del comercio electrónico queda constatada.

La enunciación del principio relativo a la equivalencia funcional se formula de la siguiente manera: la función jurídica que en toda su extensión cumple la instrumentación escrita y autógrafa -o eventualmente su expresión oral- respecto de cualquier acto jurídico la cumple igualmente su instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos, con independencia del contenido, dimensión, alcance y finalidad del acto así instrumentado³⁹.

Esto implica que los mensajes de datos electrónicos no deberán ser discriminados respecto de cualquier otro tipo de manifestación de voluntad, ya sea verbal o escrita, y los efectos jurídicos que emanan de estas declaraciones son independientes del soporte en el cual han sido realizadas. Esto viene recogido en el artículo 5 de la Ley Modelo⁴⁰ bajo la denominación "reconocimiento jurídico del mensajes de datos" y dice así: "no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos"⁴¹. Si este principio no fuera recogido por los ordenamientos la electrificación

equivalente funcional respecto de las nociones de "escrito", "firma" y "original", pero no respecto de otras nociones jurídicas que en esa Ley se regulan. Por ejemplo, no se ha intentado establecer un equivalente funcional en el artículo 10 de los requisitos actualmente aplicables al archivo de datos.” Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. <<http://www.uncitral.org>>

³⁹ Sobre el particular puede verse MORENO NAVARRETE, M. A., *Contratos electrónicos*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 90 y ss. Por su parte, VEGA VEGA, J. A., *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*, ob. cit., pág. 119, establece que en “la contratación electrónica la declaración de voluntad se emite mediante un mensaje de datos con variedad de configuraciones. Cuando se realiza una declaración de voluntad a través de medios electrónicos, los efectos son los mismos que se producen cuando se trata de una declaración de voluntad emitida en forma escrita o verbalmente, ya que la aparición y difusión de nuevas tecnologías hace que los conceptos jurídicos tradicionales necesiten ser adaptados a las necesidades imperantes, máxime cuando la conversión del soporte puede servir para su percepción acústica o visual”.

⁴⁰ “Artículo 5. Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos. No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos. Artículo 5 bis. Incorporación por remisión (En la forma aprobada por la Comisión en su 31º período de sesiones, en junio de 1998) No se negarán efectos jurídicos, validez ni fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que no esté contenida en el mensaje de datos que se supone ha de dar lugar a este efecto jurídico, sino que figure simplemente en el mensaje de datos en forma de remisión”. <<http://www.uncitral.org>>

⁴¹ Según ILLESCAS ORTÍZ, ob. cit., el artículo 5 de meritada Ley Modelo “suscita en su enunciado cuanto menos dos interrogantes terminológicos. El primero derivado del empleo del término “información”; el segundo representado por la mención de la expresión ya conocida por el lector “mensaje de datos”. En orden a responder a la primera duda ha de señalarse que la palabra “información” tal y como se emplea en el artículo no debe entenderse en sentido reduccionista. Esto es, no implica que la equivalencia funcional sea jurídicamente aplicable tan solo a las declaraciones de ciencia o conocimiento contenidas en el mensaje de datos y efectuadas por su emisor. En efecto, dicha palabra se utiliza en un sentido técnico-electrónico o neutro y no en sentido jurídico. En aquel sentido, todo lo que se transmite por vía electrónica son datos o información: imágenes, textos, sonidos, etc. Todos ellos se ven reducidos a datos que constituyen información transmisible y eventualmente

de los actos jurídicos devendría en una práctica insegura o imposible como consecuencia del soporte en que estos actos son realizados.

La Ley Modelo, de modo específico, somete tres grandes aspectos del comercio electrónico y de la contratación privada en general al principio de equivalencia funcional. Se trata del concepto de escrito o documento escrito, de la noción de firma y del cumplimiento del eventual requisito legal de documento o documentación original. Respecto de la equivalencia entre documento electrónico y documento escrito, la regla significativa se encuentra formulada, con las debidas garantías, en el artículo 6 de la Ley Modelo. Idéntica pauta en relación con la firma electrónica –tema éste que está adquiriendo una crucial trascendencia con el crecimiento exponencial del comercio electrónico en entornos abiertos, Internet principalmente- se encuentra recogida en el artículo 7 de la Ley Modelo. La satisfacción por medios electrónicos, por último, del eventual requisito legal de presentación o aportación de un documento original es promovida por el artículo 8 del mismo texto. No puede cerrarse esta superficial visión de las aplicaciones específicas de la equivalencia funcional sin recordar que el artículo 9 se dedica a la utilización procesal de la información o documentación electrónica bajo el rótulo de “Admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos”.

Este principio general posee ciertas excepciones. La equivalencia alcanza únicamente al documento escrito -o declaración oral- privado, y, salvo disposición nacional en contra, no alcanza al documento solemne, público notarial. La equivalencia tal y como se enuncia en el artículo 5 reproducido de la Ley Modelo no debe entenderse como impedimento para que la legislación nacional consagre concretos casos en los que la misma no sea sostenible: así, en cada uno de los preceptos que se han citado se incluyen sendos párrafos que habilitan a la exclusión del sometimiento a la equivalencia funcional en supuestos concretos y firmas. En España se consagra en el artículo 23 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico⁴².

transmitida. En este sentido en el que la palabra información se utiliza en el precepto analizado: en consecuencia, toda declaración prenegocial, negocial o postnegocial efectuada por el emisor de un mensaje de datos constitutivos de “información” en el sentido electrónico del término. De esta información susceptible de poseer tan variados contenidos negociales como convenga a su emisor es de la que se predica el sometimiento a la regla de la equivalencia funcional. No meramente a la información que contenga simples manifestaciones jurídicas de ciencia o conocimiento y no de voluntad. La segunda cuestión a responder consiste en precisar aquello en lo que consiste un mensaje de datos. La respuesta se encuentra en el artículo 2.a) de la Ley Modelo, conforme al cual <<por “mensaje de datos” se entenderá la información generada enviada o recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el telex o el telefax>>. Con las dos precisiones ahora aportadas, la regla de la equivalencia funcional tal como se consagra positivamente por primera vez en 1996 queda suficientemente clarificada. Su plena contemplación requiere, no obstante, que se aluda a sus concretas aplicaciones positivas así como las efectivas excepciones existentes a su aplicación.”

⁴² El principio del requisito de la escritura, cuando así sea requerido por una norma, se entiende satisfecho si el contrato o la información se contiene en soporte electrónico. De esta forma se cumplirían las exigencias contenidas en los artículos 1.280, 6ª, párrafo segundo del Código Civil; art. 51 del Código de Comercio; art. 61 de la Ley 7/95, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, etc.

Aclarar por último que, por el simple hecho de realizar una declaración de voluntad de forma electrónica, el principio de equivalencia no sana los vicios de los cuales ésta declaración pudiera adolecer⁴³.

2. Principio de inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos privados

Este principio pretende que todas aquellas reglas dirigidas a la regulación del comercio electrónico no supongan una modificación sustancial del Derecho existente de obligaciones y contratos, tanto nacional como internacional, cuando en transacciones comerciales se utilice un formato electrónico.

Se parte de la hipótesis según la cual las transacciones electrónicas son simplemente un nuevo soporte para la transmisión de la voluntad negocial pero no un nuevo Derecho regulador de las mismas, esto es, un contrato privado, por el simple y mero hecho de que se haya realizado de forma electrónica suponga un cambio en el derecho preexistente referente a la perfección, ejecución y consumación de dicho contrato privado. De esta forma, los elementos esenciales del negocio jurídico (consentimiento y objeto, causa, manifestaciones y defectos) y su tipología no sufren alteración significativa cuando el vínculo se establece en el ámbito del comercio electrónico. Si bien, el uso de estas nuevas tecnologías y su rapidez implica, en cierto modo, el cambio del derecho preexistente para adecuarse a esta nueva realidad.

Por consiguiente, se hace necesario modificar el derecho preexistente ante las lagunas o vacíos jurídicos que el empleo del soporte electrónico genera⁴⁴. Un ejemplo claro de laguna o vacío legal se evidencia ante la problemática del acuse de recibo, en la que el comercio electrónico ha tenido que regular normas para garantizar la seguridad de las relaciones contractuales y precontractuales que se llevan a cabo por la vía electrónica. Así, la Ley Modelo en su artículo 14⁴⁵ regula esta importante institución para el comercio electrónico⁴⁶.

⁴³ No podría ser menos. Al igual que el papel, ni siquiera el público o notarial, ni su ulterior registro, igualmente público, sana los vicios o defectos jurídicos que padezca la declaración en él recogida e inscrita. Tampoco el mensaje de datos puede producir dicho efecto sanatorio en caso alguno. Argumentar en sentido contrario sería una discriminación no perseguida: supondría en efecto un mejor tratamiento para la declaración electrónica que para la manual.

⁴⁴ Quizás sería más preciso el término “adaptar” en lugar de modificar. Entendemos que más que una modificación de principios jurídicos lo necesario sería adaptar los existentes a la nueva realidad.

⁴⁵ “Artículo 14: Acuse de recibo. 1) Los párrafos 2) y 4) del presente artículo serán aplicables cuando, al enviar o antes de enviar un mensaje de datos, el iniciador solicite o acuerde con el destinatario que se acuse recibo del mensaje de datos. 2) Cuando el iniciador no haya acordado con el destinatario que el acuse de recibo se dé en alguna forma determinada o utilizando un método determinado, se podrá acusar recibo mediante: a) Toda comunicación del destinatario, automatizada o no, o b) Todo acto del destinatario, que baste para indicar el iniciador que se ha recibido el mensaje de datos. 3) Cuando el iniciador no haya indicado que los efectos del mensaje de datos estarán condicionados a la recepción de una acuse de recibo, si no ha recibido acuse en el plazo fijado o convenido o no se ha fijado o convenio ningún plazo, en un plazo razonable el iniciador: a) Podrá dar aviso al destinatario de que no ha recibido acuse de recibo y fijar un plazo razonable para su recepción; y b) De no recibirse acuse dentro del plazo fijado conforme al inciso a), podrá, dando aviso de ello al destinatario, considerar que el mensaje de datos no ha sido enviado o ejercer cualquier otro derecho que pueda tener. 5) Cuando el iniciador reciba acuse de recibo del destinatario, se presumirá que éste ha

Por ello, y a pesar de sus inconvenientes, la negación de este principio supondría la necesidad de volver a configurar un nuevo sistema de derecho contractual⁴⁷.

La Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica⁴⁸ al definir su ámbito de aplicación en el artículo 1 consagra el denominado “Principio de Inalteración del Derecho preexistente de obligaciones y contratos privados”⁴⁹.

El principio de inalterabilidad debe ser entendido atendiendo a la necesaria modificación que en el plano de la contratación electrónica supone la mera admisión de efectos jurídicos por cuanto claramente varía la forma y la prueba de la emisión de las voluntades por el simple hecho de ser éstas emitidas y plasmadas en documento electrónico y precisamente en virtud del sentido de meritado texto legal puesto que en el plano jurídico material privado la innovación realizada precisamente es el reconocimiento de equivalencia en cuanto a los efectos jurídicos del documento manuscrito en el que se contiene la voluntad negocial y el documento electrónico realizado con el mismo contenido.

En nuestro derecho de obligaciones rige principalmente el principio espiritualista, por lo que puede decirse que en la mayor parte de los contratos tanto mercantiles como civiles la forma no es esencial. No obstante, sí existen una serie de contratos y actos en los que por una razón u otra el ordenamiento exige el cumplimiento de determinadas formas; la exigencia puede tener mayor o menor trascendencia pero en el caso de ser forma “ad substantia” el incumplimiento de la misma impide el perfeccionamiento del contrato. Es sobretodo en estos últimos contratos, los formales en el más estricto sentido de la palabra, en los que se han visto

recibido el mensaje de datos correspondiente. Esa presunción no implicará que el mensaje de datos corresponda al mensaje recibido. 6) Cuando el acuse de recibo se indique que el mensaje de datos recibido cumple con los requisitos técnicos convenidos o enunciados en alguna norma técnica aplicable, se presumirá que ello es así. 7) Salvo en lo que se refiere al envío o recepción del mensaje de datos, el presente artículo no obedece al propósito de regir las consecuencias jurídicas que puedan derivarse de ese mensaje de datos o de su acuse de recibo.”

⁴⁶ HERNÁNDEZ CORTÉS, D., “Aspectos legales del comercio y la contratación electrónica en Cuba”, *AR: Revista de Derecho Informático*, Edición 095, Junio del 2006, pág. 24.

⁴⁷ Sostienen este principio PLAZA PENEDÉS, J., en “Contratación electrónica y pagos electrónicos (en el derecho nacional e internacional)”, en *Contratación y Comercio Electrónico* (Dir. F.J. Orduña), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 415-416, y VEGA VEGA, J. A., *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*, ob. cit., pág. 64. Por el contrario, hay opiniones encontradas. A tal respecto puede verse: MATEU DE ROS, R., “Principios de la contratación electrónica en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico”, en *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico* (Coords. R. Mateu de Ros y M: López-Monis Gallego), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2003, págs. 71 y ss. Entendemos que la aplicación de este principio se hace esencial, puesto que se ha de entender la contratación electrónica como una nueva forma de llevar a cabo determinados negocios jurídicos, con numerosas peculiaridades derivadas de la novedad del medio, claro está, pero que nunca podría suponer un cambio en los principios del derecho de contratos.

⁴⁸ Antes se recogía en el Real Decreto-Ley 14/1999, derogado por dicha disposición.

⁴⁹ “Artículo 1: Objeto [...] 2. Las disposiciones contenidas en esta Ley no alteran las normas relativas a la celebración, formalización, validez y eficacia de los contratos y cualesquiera otros actos jurídicos ni las relativas a los documentos en que unos y otros consten.”

de forma tradicional los mayores problemas para su incorporación a la operativa informática⁵⁰.

3. Principio de neutralidad tecnológica

Enunciado en la guía para la incorporación al Derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico de la siguiente manera: "cabe señalar que, en principio, no se excluye ninguna técnica de comunicación del ámbito de la ley modelo, que debe acoger en su régimen toda eventual innovación técnica en este campo"⁵¹, se consigue que las nuevas normas que rigen el comercio electrónico abarquen con sus reglas no sólo la tecnología existente sino también toda tecnología futura sin que haya necesidad de modificar estas normas.

En España este principio quedó consagrado en la Ley de 24 de julio de 1973 que reformó los artículos 25 y siguientes del Código de Comercio de 1885 y que se refieren a la obligación de la llevanza de contabilidad de los empresarios. Así, el artículo 27,2 establece "será válida, sin embargo, la realización de asientos y anotaciones por cualquier procedimiento idóneo..." y el artículo 29,1 prefectura que "todos los libros y documentos contables deben ser llevados, cualquiera que sea el procedimiento utilizado, con claridad...".⁵²

⁵⁰ Así, por ejemplo, en el anteproyecto español de Ley de Comercio Electrónico se excluyen de la contratación electrónica: "Los de creación o transferencia de derechos sobre bienes inmuebles a excepción de los de arrendamiento regidos por la legislación común. Los que requieran por la ley la intervención de tribunales, autoridades públicas o notarios o registradores de la propiedad y mercantiles, como profesionales ejercientes de autoridad pública. Los de crédito, los de seguro de caución y los civiles y mercantiles de garantía. Aquellos que están sujetos al derecho de familia y al de sucesiones". Claramente, por lo tanto, se observa que el redactor, sobre todo en los tres primeros grupos, excluye el contrato por cuestiones de exigencia de forma en estos tipos de contratos y esta razón decae tras la admisión del documento electrónico con fe pública realizada por la Dirección General del Registro y Notariado. Los requisitos de fondo no se ven afectados por el hecho de que el documento público se extienda en formato electrónico. En cuanto a la forma, la Resolución pone de manifiesto la fácil adaptación de las normas preexistentes a la nueva técnica.

⁵¹ <<http://www.uncitral.org>>

⁵² Así, ALEJANDRO PISANTY indica: "neutralidad tecnológica es la condición en que una acción, definición, ley, estándar, etc. no se formula de tal manera que sesgue todas las decisiones subsecuentes a favor de una tecnología en particular, entre aquellas capaces de resolver el problema." ANDRÉS GUADAMUZ dice sobre la Neutralidad Tecnológica que "la interpretación no debe beneficiar a ninguna tecnología en especial". CLAUDIA FONSECA se acerca al fenómeno desde las Telecomunicaciones indicando: [el] "término era el de aplicar las mismas reglas o la misma regulación a los servicios (de telecomunicaciones) que se prestan con independencia de la tecnología utilizada para la prestación de los mismos (...)". Desde un punto de vista más jurídico y relacionado con lo que es la regulación sobre Firma Digital, JOSÉ-LUIS BARZALLO indica: "(...) Entiendo como neutralidad tecnológica la no determinación de un tipo de marca o característica particular que puede tener un determinado producto o servicio. Esta figura fue utilizada especialmente al tratar temas sobre firma electrónica, pero en el mercado tecnológico también se la utiliza para no determinar una marca específica en los procesos de contratación. En el caso del software libre y propietario, también tiene cabida para no determinar ciertas funcionalidades propias de un desarrollo informático, sino que, por ejemplo, se puede solicitar un procesador de textos y nada más. (...) Se me escapaba, la neutralidad tecnológica puede utilizarse tanto en el campo legislativo como en el contractual. (...)". RAMÓN MÚJICA dice: "Lo que quiero decir que neutralidad tecnológica en todo caso es establecer aquellos parámetros técnicos que deben tener las soluciones informáticas que traten el tema, de modo que la solución pueda efectuarse de un modo tecnológico u otro sin que por ello afecte la solución que estemos

4. Principio de la buena fe

tratando, pues tendrá las mismas características.(...)” Siguiendo la línea de FONSECA, MARILIANA RICO indica: “se trata de redactar leyes sin aludir a una tecnología específica de manera que la norma abarque todas las tecnologías que se puedan usar y que no haya que modificar la ley cada vez que aparece una nueva tecnología.” Un elemento importante a rescatar en el constante cambio de la tecnología, así lo entiende NELSON REMOLINA: “(...) La neutralidad tecnológica reconoce algo evidente: La tecnología cambia constantemente. Si la ley se “casa” con una tecnología en particular muy seguramente la norma quedará obsoleta rápidamente”. GALINA TAPIA va un paso adelante indicando: “(...) La neutralidad tecnológica refiere a que las normas que regulen el sector no indiquen en específico una tecnología como la valedera y de estricta aplicación, sino que debería hacerse una regulación lo más abstracto posible en este sentido, puesto que así tanto las normas como los contratos podrán ser aplicados y formados de acuerdo a las necesidades reales y de interés de las partes”. HUGO SEGURA expresa una visión económica del término: “(...) Para mí la mejor definición es la que pudo dar FELIPE PÉREZ desde el punto de vista Económico como catedrático de este área del conocimiento, es bastante simple la definición: Neutralidad Tecnológica = Libertad de Mercado (TIC) = Neoliberalismo (TIC). El mercado rige como se usa e implementa la tecnología, así como cual “sobrevive” ... Como mercadeo es a Mercado como lo es perro a hueso ..., entonces Tecnología a Usar = Producto mejor mercadeado. Si un Estado se rige por la teoría de la mano invisible y su consecuente libertad de mercado/neoliberalismo, entonces elegirá por la neutralidad, si es un Estado que interviene como actor económico dentro de una sociedad de seguro tomará una posición favorable a esta sociedad y evitará a toda costa la neutralidad tecnológica(...)”. DIEGO SARAVIA va un paso más adelante con la definición aparentemente desde un punto de vista tecnológico pero que en realidad es económico: “básicamente la neutralidad tecnológica es una contradicción andante, ya que la tecnología no es neutra. La tecnología afecta la sociedad. Pero el uso del concepto como tal es un invento de Microsoft(...)es pues un concepto de marketing, pura propaganda (...)” Desde una interrelación neutralidad tecnológica – interoperabilidad FABIANO MENKE dice: “(...)d) a denominada neutralidade tecnológica está intimamente ligada à noção de interoperabilidade, e, com raras exceções, vem sendo aclamada como dogma inafastável, que necessariamente deve ser reconhecido nas legislações que tratam dos procedimentos e técnicas de atribuição de autoria no ambiente virtual; todavia, e com espreque em autorizada doutrina, verifica-se que a neutralidade tecnológica não deve ser encarada como panacéia, mas sim com parcimônia, pois ao invés de facilitar, pode, em verdade, obstaculizar o desenvolvimento uniforme, disseminado e interoperável dos procedimentos de atribuição de autoria no meio eletrônico; (...)” JOSÉ ANTONIO CASAS indicaba: “En su origen “neutralidad tecnológica” aludía a la falta de categorización moral de la tecnología (...)” refiere al hecho que el mercado y no la regulación, ley o decisión de grupo alguno, debe ser quien decida qué avances tecnológicos o nuevas tecnologías serán incorporados a la vida de las sociedades”. Volviendo a los principios jurídicos SANTIAGO ACURIO dice: “*PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD TECNOLÓGICA*, este principio consiste en que el marco normativo general que se aplique dentro del comercio telemático no debe optar por un tipo de tecnología en particular, ya que esto supondría que dicho marco general pierda su vigencia en el corto o mediano plazo ya que la tecnología informática cambia constantemente.(...)” La definición que nos hace CARLOS ÁLVAREZ es más que nada referida al Software: “Al momento de realizar adquisiciones de tecnología deberán tomar en consideración tanto herramientas OSS como propietarias, siendo inaceptable la escogencia de un programa por el simple hecho de haber sido desarrollado bajo uno cualquiera de los modelos de licenciamiento. Al definir los términos de contratación relativos a adquisición de tecnología deberán aplicar con rigor los criterios definidos por la ley de contratación pública, de manera que los criterios de adjudicación de los contratos sean estrictamente técnicos, legales y económicos. De otra manera, las entidades públicas violarán la libre competencia, afectarán ilegítimamente a actores de la industria informática, perderán ventajas competitivas frente a entidades públicas que sí respetan la libertad de elección en tecnología y tendrán el riesgo de adquirir software que no satisfaga sus requerimientos. Deberán tener en cuenta, finalmente, la necesidad de que el software usado en los sistemas de información y comunicaciones del Estado y las entidades públicas de todos los niveles hayan sido desarrollados según estándares que aseguren su interoperabilidad.” Debate sobre Neutralidad Tecnológica. Publicado en En Line@ 1/2006. “Sobre Neutralidad Tecnológica”. <<http://www.alfa-redi.org/ar-dnt-documento.shtml?x=6080>>.

Este principio, ampliamente conocido en el mundo del Derecho, tiene especial vigencia en el campo del comercio electrónico como consecuencia de que este medio, además de ser de reciente aparición, posee una complejidad técnica que hace que su uso no sea digno de confianza para algunos operadores económicos. Este principio encuentra su justificación en la idea de que la ignorancia, ante la renovación tecnológica, genera desconfianza, y el comercio electrónico no es una excepción.

La Ley Modelo en su artículo 3,1 establece: "la interpretación de la presente ley habrá(n) de tenerse en cuenta... la necesidad de promover... la observancia de la buena fe"⁵³.

Establecer la Buena Fe como uno de los principios básicos del Comercio Electrónico significa en un sentido una concreta manifestación del postulado de la inalterabilidad del derecho preexistente de las obligaciones privadas en el campo de la contratación electrónica y en otro como un postulado de afirmación rotunda en un medio contractual extremadamente novedoso y de gran complejidad técnica.

En casi todas las legislaciones encontramos el reconocimiento al principio de la buena fe. La Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercancías (Viena, 11 de abril de 1980), texto básico del derecho comercial uniforme, en sus artículos 7⁵⁴ y 80⁵⁵ consagra la buena fe como principio básico para interpretar y ejecutar contratos de compraventa internacional.

Ya sea derecho nacional o derecho uniforme aplicable al caso, queda comprobado que la buena fe constituye uno de los fundamentos del régimen jurídico aplicable al intercambio internacional y nacional de bienes y servicios. El que tal intercambio se haya convertido verbal, manual o electrónicamente no es relevante en punto a la observancia necesaria de la buena fe. Al fin y al cabo nos encontramos ante intercambios pactados y ejecutados mediante soportes distintos pero siempre intercambios. La buena fe rige dichos intercambios y lo de menos es el soporte de formación, ejecución y consumación del contrato. En el caso de un soporte electrónico y por las razones expuestas, si cabe, la buena fe debe ser respetada en grado superior en tanto en cuanto las circunstancias de parcial desconocimiento y desconfianza persistan.⁵⁶

⁵³ "Artículo 3. Interpretación 1) En la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe. 2) Las cuestiones relativas a materias que se rijan por la presente Ley y que no estén expresamente resueltas en ella serán dirimidas de conformidad con los principios generales en que ella se inspira."

⁵⁴ Artículo 7: " 1) En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional. 2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

⁵⁵ Artículo 80: "Una parte no podrá invocar el incumplimiento de la otra en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de aquélla."

⁵⁶ ILLESCAS ORTÍZ, R., *op. cit.*

Podemos apreciar el Principio de la Buena Fe en dos sentidos: Buena Fe Subjetiva, es la contención con que obran las personas o la ciencia con que lo hacen y Buena Fe Objetiva, juzga la conducta del individuo con la base de si se ajusta a las reglas admitidas acerca de lo que es recto y honesto. La diferencia radica en que la primera es una conducta que se impone al sujeto y la segunda es fruto de la creencia. La subjetiva se traduce en la atribución de derechos y la objetiva por la imposición de deberes⁵⁷.

Este principio da lugar a los siguientes deberes de los contratantes: a) Deber de información⁵⁸; b) Deber de claridad⁵⁹; c) Deber de secreto⁶⁰; d) Deber de exactitud⁶¹; e) Deber de investigación⁶².

5. Principio relativo a la libertad contractual mantenida en el nuevo contexto electrónico

El eje cardinal, medular en sede contractual, lo es precisamente el principio de autonomía de la voluntad, a cuyo tenor los individuos serán capaces de diseñarse a sí mismos la estructura y el funcionamiento del instituto contractual que por sus propias declaraciones negociales han creado.

Como indica el profesor DÍEZ-PICAZO “la idea de contrato y de obligatoriedad del contrato encuentran su fundamento en la idea misma de persona y en el respeto de la dignidad que a la persona le es debida. Ello implica el reconocimiento de un poder de autogobierno de los propios fines e intereses o de un poder de autorreglamentación de las propias situaciones y relaciones jurídicas al que la doctrina denomina “autonomía privada” o “autonomía de la voluntad”. El contrato tiene, pues, su fundamento más hondo en el principio de autonomía privada o de autonomía de la voluntad”⁶³.

Este principio tiene su raíz en el anteriormente descrito referente a la inalterada nulidad del derecho preexistente de obligaciones privadas realizadas en un contexto electrónico y viene recogido en el artículo 4,1 de la LMCUCE que establece: "salvo que se disponga otra cosa, en las relaciones entre las partes que generan, envían,

⁵⁷ HERNÁNDEZ CORTÉS, D., *op. cit.*, pág. 27.

⁵⁸ Deberán mantenerse recíprocamente informados de todas las circunstancias del negocio, es decir, con los mayores elementos de juicio que les permite tomar una decisión acertada en el momento de optar la celebración del contrato tales como las condiciones, peligrosidad de la prestación, causas de incumplimiento, etc.

⁵⁹ Las informaciones que se intercambian han de ser perfectamente inteligibles y no prestarse a malas interpretaciones.

⁶⁰ Obligación de no divulgar datos personales.

⁶¹ Las declaraciones han de corresponderse a las voluntades reales.

⁶² Las partes han de cerciorarse respecto a la identidad de la contraparte, asimismo, en el caso que alguno de los contratantes actúe por representación, el otro debe verificar si el poder que goza le autoriza para celebrar el contrato como representante legal.

⁶³ DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I, Introducción. Teoría del Contrato, Sexta Edición, Editorial Civitas, Madrid, 2007, pág. 127.

reciben, archivan o procesan de alguna otra forma un mensaje de datos, las disposiciones del capítulo III podrán ser modificadas mediante acuerdo."

El capítulo III de la Ley Modelo se refiere a las relaciones contractuales concertadas surgidas entre quienes contratan electrónicamente. En ese contexto, pues, la libertad negocial queda reconocida y, en su virtud y uso, las partes podrán convenir los efectos entre ellas de un modo distinto a como se prevén en meritado texto, que queda como norma supletoria cuya aplicación se producirá únicamente en caso de que los contratantes no hayan decidido su exclusión y sustitución por otras reglas distintas o de propia creación más útiles a los fines comúnmente perseguidos por ellos. Así, el principio de libertad negocial queda reconocido en la Ley Modelo, lo que nos lleva a la conclusión de que el soporte electrónico, como vía de perfección del contrato, no altera el contenido de la libertad de pacto en el entorno electrónico en relación con la contratación verbal o escrita⁶⁴.

Pero esa libertad de actuar no quiere decir que el Derecho no le imponga límites a la actuación del sujeto, pues, por la función social del Derecho, éste debe conferir orden a las relaciones sociales. Así pues, hay que tener presentes las leyes de carácter imperativo que no pueden ser derogadas por voluntad de las partes y que limitan la autonomía de la voluntad de éstas. El Derecho, al regular la capacidad para contratar de los sujetos y los vicios de la voluntad como causa de anulabilidad de los contratos, trata de salvaguardar la referida libertad⁶⁵.

Según Illescas Ortiz, existen ciertas excepciones en el ámbito del comercio electrónico referidas a la libertad de pacto o autonomía de la voluntad que podríamos encuadrar en cuatro grandes apartados: excepciones en materia de confidencialidad de los datos electrónicamente intercambiados con fines negociales, libremente negociables en la Unión Europea y algunos países terceros; excepciones relativas a la responsabilidad, especialmente en el caso de contratos realizados entre empresarios y consumidores; excepciones relativas a la libertad de establecimiento del prestador de servicios de certificación de firmas electrónicas; excepciones al reconocimiento de la firma electrónica emitida en país distinto de aquel en el cual pretende producir efectos.

IV. RECAPITULACIÓN

El comercio electrónico se configura como una actividad global. Las nuevas tecnologías han revolucionado el mundo de la información y las comunicaciones y han propiciado la existencia de un mercado abierto y global. La contratación electrónica permite realizar contratos relativos a la prestación de bienes y servicios con ventajas evidentes: reducción de costes y mayor celeridad en las relaciones comerciales. Junto a estas ventajas, hemos de señalar que el nuevo sistema contractual plantea problemas que afectan a la protección de los derechos de los consumidores.

⁶⁴ ILLESCAS ORTÍZ, R., ob. cit., pág. 57.

⁶⁵ En virtud del principio de autonomía de la voluntad ninguna de las partes puede imponer unilateralmente a la otra un contrato sin que medie la aceptación por la otra. El contenido de la autonomía de la voluntad radica en el hecho de que las partes pueden contratar o no y ambas están en situación de igualdad para contratarse. Aún en el contrato de adhesión está presente este principio pues la parte débil a la que se le impone el contrato puede aceptarlo o rechazarlo.

La característica fundamental del comercio electrónico es la contratación de bienes y servicios, por lo que es obligado plantearse la necesidad de responder a la cuestión de si el contrato electrónico representa una nueva categoría jurídica. De los planteamientos hechos, se puede concluir que no nos encontramos en presencia de un nuevo contrato, sino ante una nueva forma de contratar que representa ciertos cambios en algunos presupuestos y efectos del contrato, pero que en modo alguno hace nacer una nueva institución jurídica, sino una nueva forma de contratación en la que la infraestructura electrónica determina la forma de comunicación de las voluntades para la perfección del contrato en todos los casos y de ejecución, en algunas.

Existe, pues, una inalteración del Derecho preexistente de obligaciones y contratos privados, y el contrato electrónico se regirá por las normas que le sean propias, sean civiles o mercantiles. Por ende, debemos concluir que nos encontramos ante una nueva forma de contratación posibilitada por un nuevo soporte y medio de transmisión de voluntades negociales, pero no ante una nueva categoría científica con significación jurídica. Estamos en presencia de una nueva vía de contratación que comporta unas peculiaridades que deben ser reguladas con carácter general, y que se incardina dentro del ámbito global de contratación electrónica, sin perjuicio de que los requisitos y efectos sean distintas o tengan sus peculiaridades en virtud del objeto o contenido de los contratos, siempre presidido por el medio y los principios que le inspiran, entre ellos el de la buena fe.

La complejidad del contrato electrónico deviene de la utilización de un medio vehicular de transmisión de las declaraciones de voluntad relativas tanto a la oferta como a la aceptación totalmente nuevo y desconocido para muchos sujetos participantes, entre los que también cabe incluir a los empresarios, pero que sin duda ninguna afecta en mayor medida a los consumidores. De ahí que los principios y normas tuitivas que se dictan tienen como destinatarios los consumidores como sujetos contratantes más débiles.

BIBLIOGRAFÍA

ADAM MUÑOZ, M.D.: "Los contratos a distancia celebrados por los consumidores en el Derecho internacional privado comunitario", *Estudios sobre Consumo*, núm. 52/00, págs. 25 y ss.

ALAMILLO, I./BARQUÍN, D.: "La firma electrónica y los Registros", *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 19, febrero 2000.

ALEJANO, A./PEÑALOSA, J.M.: "Implicaciones del desarrollo del 'dinero electrónico' para la actuación de los Bancos Centrales". *Banco de España/Boletín Económico*, marzo de 1998.

ALONSO UREBA, A. y VIERA GONZÁLEZ, A.J.: "Formación y perfección de los contratos a distancia celebrados por Internet", en *Comercio Electrónico* (Dir. R. Mateu de Ros y M. López-Monís), Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003.

ÁLVAREZ MORENO, M.T.: *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*, Ed. Edersa, Madrid, 2000.

ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J.M.: "Las obligaciones concertadas por medios electrónicos y la documentación electrónica de los actos jurídicos", en *La Ley*, pág. 2.012, T. IV, 1992.

- *La firma y el comercio electrónico en España. Comentarios a la Legislación vigente*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2000.

BADÍA, F.: *Internet: situación actual y perspectivas*, La Caixa, Barcelona, 2002.

BARCELÓ, J.: *Comercio electrónico entre empresarios la formación y prueba del contrato electrónico*, (EDI), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

BARRIUSO RUIZ, C.: *La contratación electrónica*, Ed. Dykinson, 2ª ed., Madrid, 2002.

BARRÓN RUIZ, C.: *La contratación electrónica*, Ed. Dykinson, Madrid, 1998.

BONET NAVARRO, A.: "Protección eficaz y acceso a la justicia de los consumidores", *EC*, nº 16, 1989.

BRAÑA PINO, C.: *Europa y los consumidores*, Ed. Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1989.

CALAVIA MOLINERO, J.M.: "Aproximación a los aspectos jurídicos de la contratación electrónica", *CM*, Madrid, 2000.

CALVO CARAVACA, A.L.: "Artículo 1", en AAVV, *La compraventa internacional de mercaderías (Comentario a la Convención de Viena)*, Madrid, Civitas, 1998.

CLEMENTE MEORO, M.E.: "Algunas consideraciones sobre la contratación electrónica", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 4 (2000), p. 59-86.

- *Contratación y comercio electrónico*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2003.

DAVARA RODRÍGUEZ, M. A., *Manuel de Derecho Informático*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 5ª ed., Madrid, 2005.

DAVIS, C.: *Emergence of electronic commerce in Spanish-speaking Latin America*, Unión Europea, marzo, 1999.

DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I, Introducción. Teoría del Contrato, Sexta Edición, Editorial Civitas, Madrid, 2007.

ECHEVARRI SAEZ, A.: *Comercio electrónico*, Dijusa, Madrid, 2001.

ÉCIJA BERNAL Y SAIZ PEÑA: *Contratos de Internet*, Dijusa, Madrid, 2002

ESCOBAR ESPINAR, M.: *El comercio electrónico. Perspectiva presente y futura en España*, Madrid, 2000.

FALLON, M.: "Cross-border consumer Litigation: Individual Tort Issues in Europe", *Journal of Consumer Policy*, núm. 15 (1992), pp. 385-405.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: *Contratación electrónica: la presentación del consentimiento en Internet*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2001.

FERNÁNDEZ PÉREZ: *Contratación electrónica de servicios financieros*, Marcial Pons, Madrid, 2003

FRIDMAN, G.H.L.: *The Law of Contract In Canada*, Toronto/Calgary/Vancouver, Carwell Company, 1986.

GALGANO, F. (Coord): *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, T. II, Torino, 1996.

GARCÍA RUBIO, M.P.: "Las condiciones generales en la contratación electrónica", *La Ley*, 2001-1, pp. 1693 y ss.

GARCIA-PITA Y LASTRES, J.A.: "Compraventa mercantil y derecho de los consumidores", *CDC*, núm. 14 (sept. 1994), pp. 13 a 104.

GAUTRAIS, V.: *Le contrat électronique international*, Ed. Bruylant, 2ª ed., Lovain-la-Neuve, 2002.

GUISADO MORENO, A.: *Formación y Perfección del contrato en Internet*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004.

HERNÁNDEZ CORTÉS, D., "Aspectos legales del comercio y la contratación electrónica en Cuba", *AR: Revista de Derecho Informático*, Edición 095, Junio del 2006.

ILLESCAS ORTIZ, R.: en *Derecho de la contratación electrónica*, Ed. Civitas, Madrid, 2001.

- "Comercio electrónico: fundamentos de Derecho y principio de equivalencia funcional", en *Revista de la Universidad Carlos III*, núm. 56, 1999.

LANG, J. T.: "European Community Constitutional Law: The Division of Powers Between the community and Member States", *Northem Ireland Law Quarterly*, núm. 3 (1988), pp. 209-334.

LAWRENCE STREET, L. y GRANT MARK, P.: *Law of the Internet*, Lexis Publishing, London, 2001.

LORENZETTI, R.L.: *Comercio electrónico*, Buenos Aires, 2001.

MATEU DE ROS Y OTROS: *Derecho de Internet*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

MINC, A.: *La globalisation hereuse*, Ed. Plon, Paris, 1997.

MORENO NAVARRETE, M. A.: *Contratos electrónicos*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999.

OLIVA BLÁZQUEZ, F.: *Compraventa internacional de mercaderías (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

PINOCHET OLAVE, R.: *Contratos electrónicos y defensa del consumidor*, Ed. Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2001.

PLAZA PENEDÉS, J.: "Contratación electrónica y pagos electrónicos (en el derecho nacional e internacional)", en *Contratación y Comercio Electrónico* (Dir. F.J. Orduña), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

RECALDE CASTELLS, A.: "Comercio y contratación electrónica", *Revista de Derecho e Informática*, núms. 30-32 (1999), pp. 39-87.

REICH, N.: *Internal market and diffuse interests*, Ed. Story-Scientia, Bruxelles, 1985.

RIBAS ALEJANDRO, J.: *Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.

SÁNCHEZ ALMEIDA, C. y MAESTRE RODRÍGUEZ, J.A.: *La Ley de Internet*, Ed. SERVI DOC, Barcelona, 2002.

SMITH G.J.H. (Bird & Bird): *E-commerce Regulation and Liability for Telcos*, Berlín, Septiembre 1999.

VAN CUTSEM, J.P./VIGGRIA, A./GÜTH O.: *E-Commerce in the World*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2003.

VEGA VEGA, J.A.: *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*, Ed. Reus, Madrid, 2005,

- *El documento jurídico y su electronificación*, Ed Reus, Madrid, 2014.

VELÁZQUEZ BAUTISTA, R.: *Derecho de Tecnologías de la información y las comunicaciones*, Ed. Colex, Madrid, 2001.

VIRGÓS SORIANO, M.: *Lugar de celebración y ejecución en la contratación internacional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.

VIVANT, M.: *Les contrats du commerce électronique*, Paris, 1999.

WADDAMS, S.M.: *The Law of Contracts*, Ed. Canada Law Books, 3ª ed., Canada, 1993.

WRIGHT, B.: *The Law of Electronic commerce*, Fax and E-Mail: Technology, Proof, and Liability, Ed. EDI, 2ª ed., Little an Brown, Boston/Toronto/London, 1995.

ZUBIRI DE SALINAS, M.: "La contratación electrónica como contratación a distancia", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm IV (2001), pp. 193 a 235.